

Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Västerås stad, Stadsledningskontoret, 721 81 Västerås

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Västerås stad ska betala fyramiljonerfemhundra tusen (4 500 000) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Västerås stad (kommunen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 26 februari 2020 sluta avtal om it-drifttjänster med CGI Sverige AB (CGI) utan föregående annonsering, se [bilaga 1](#). Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen har ett löpande behov av att anskaffa it-drifttjänster.
3. I september 2012 slöt kommunen ett avtal avseende it-drifttjänster med CGI (Leveransavtalet), efter att ha genomfört ett avrop från Kammarkollegiets ramavtal Helhetsdrift, dnr 93-96-09, se [bilaga 2](#). Avropet genomfördes som en förnyad konkurrensutsättning. Leveransavtalet omfattade löpande drift och vidareutveckling av ti-infrastruktur, it-arbetsplats, applikationsdrift, utskriftstjänster, samt service desk- och resurskonsulttjänster. Leveransavtalet löpte i 60 månader från den 1 januari 2013 med möjlighet till förlängning i ytterligare 24 månader. Förlängningsoptionen i Leveransavtalet utnyttjades i avtal den 30 juni 2016, se [bilaga 3](#), vilket medförde att Leveransavtalet löpte ut den 31 december 2019.
4. Den 20 juni 2019 annonserade kommunen en ny upphandling av aktuella tjänster, se [bilaga 4](#).
5. Den 28 juni 2019 slöt kommunen ett tilläggsavtal med CGI om fortsatt leverans av tjänsterna enligt Leveransavtalet efter att Leveransavtalet löpte ut (Tilläggsavtal 1), se [bilaga 5](#). Avtalet hade inte föregåtts av annonsering enligt LOU. Tilläggsavtal 1 löpte under perioden den 1 januari 2020 till den 30 juni 2020. Det avsåg visserligen samma tjänster som omfattades av Leveransavtalet, men det avsåg tiden efter att Leveransavtalet hade löpt ut. Det omfattades inte av den tidigare upphandlingen och inte heller av den nya annonserade upphandlingen, som vid denna tidpunkt inte hade varit föremål för beslut om tilldelning.
6. Den 26 februari 2020 slöt kommunen ytterligare ett tilläggsavtal med CGI (Tilläggsavtal 2), om fortsatt leverans av de aktuella tjänsterna även efter att Tilläggsavtal 1 löpte ut, se [bilaga 1](#). Inte heller detta avtal hade föregåtts av annonsering enligt LOU. Tilläggsavtal 2 gäller från den 1 juli 2020 till den 31 december 2020. Det innehöll också en option med möjlighet till förlängning i ytterligare tre månader därefter, det vill säga till och med den 31 mars 2021. Det är Tilläggsavtal 2 som omfattas av Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

7. Den 10 juni 2020 meddelade kommunen tilldelningsbeslut i den annonserade upphandlingen, se bilaga 6.

Kommunen är upphandlande myndighet för Tilläggsavtal 1 och 2

8. Under Konkurrensverket utredning har kommunen bland annat uppgett att kommunstyrelsen har ansvar för upphandlingar av det slag som omfattas av Tilläggsavtal 1 och 2, men att kommunens styrdokument inte anger att viss nämnd är att anse som upphandlande myndighet. Kommunen har vidare uppgett att Tilläggsavtalen har finansierats ur samtliga nämnders budget.
9. Såväl en kommun som sådan, som kommunala nämnder inom en kommun, kan vara upphandlande myndigheter i den mening som följer av LOU. För att en kommunal nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet i en specifik upphandling krävs dock att nämnden agerar självständigt i förhållande till kommunen och genomför den aktuella upphandlingen självständigt.¹
10. Såvitt framgår av omständigheterna har ingen nämnd agerat med sådan självständighet vid Tilläggsavtal 1 och 2 som krävs för att den ska kunna betraktas som upphandlande myndighet avseende dessa avtal. Det är således kommunen som sådan som är upphandlande myndighet vid dessa anskaffningar.

Tilläggsavtal 2 är en otillåten direktupphandling

11. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.² Enligt 1 kap. 21 § LOU är det fråga om ett tjänstekontrakt om kontraktet gäller tillhandahållandet av andra tjänster än de som anges i 1 kap. 9 § LOU.
12. Tilläggsavtal 2 avser kommunens anskaffning av it-driftstjänster och utgör ett sådant tjänstekontrakt som omfattas av LOU.
13. Huvudregeln enligt LOU är att kontrakt inte får ändras utan att det genomförs en ny upphandling.³ Vid sådana särskilt angivna ändringar av ett tidigare avtal som avses i 17 kap. 9–14 §§ LOU krävs dock ingen ny

¹ Se 1 kap. 22 § LOU och HFD 2018 ref. 67. Jfr bland annat HovR för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20. Jfr även 5 kap. 4 § LOU samt skäl 20 och art. 5.2 i direktiv 2014/24/EU.

² 1 kap. 2 § LOU. Se även 1 kap. 15 § LOU.

³ Se art. 72.5 direktiv 2014/24/EU, prop. 2015/16:195 s. 843. Jfr mål C-454/06, *Presstext*, p. 34.

upphandling med en ny annonsering enligt LOU.⁴ Undantagen är uttömmande reglerade.⁵

14. För tjänsteupphandlingar av det slag som avses i Tilläggsavtal 2 och vars värde överstiger både direktupphandlingsgränsen (586 907 kronor exklusive mervärdesskatt) och det tröskelvärde som anges i 5 kap. 1 § LOU (2 096 097 kronor exklusive mervärdesskatt för år 2019 och 2 197 545 kronor exklusive mervärdesskatt för upphandlingar som påbörjades år 2020) ska bestämmelserna om annonsering i 10 kap. 1 § LOU tillämpas.
15. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. För att ett avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁶

Tilläggsavtal 2 har inte föregåtts av annonsering och utgör inte en tillåten ändring av Leveransavtalet

16. Tilläggsavtal 2 har inte föregåtts av särskild annonsering och omfattas inte av den annonsering som föregick Leveransavtalet. Tilläggsavtal 2 avser visserligen samma tjänster som Leveransavtalet, som avropades från Kammarkollegiets ramavtal, men avser tid efter att Leveransavtalet löpte ut och inte längre kunde förlängas.
17. Tilläggsavtal 2 utgör inte heller en tillåten ändring av Leveransavtalet.
18. Huvudregeln enligt LOU är att kontrakt inte får ändras utan att det genomförs en ny upphandling.⁷ Av 17 kap. 8 § LOU följer att det finns vissa specifika undantag till denna huvudregel. Ett kontrakt får ändras, i enlighet med 17 kap. 14 § LOU, om ändringen inte är väsentlig. Därutöver får ändring av kontrakt ske i enlighet med någon av de särskilt angivna förutsättningar som anges i 17 kap. 9–13 §§ LOU.⁸ Av omständigheterna framgår att ingen av dessa bestämmelser är tillämpliga.

⁴ Se 17 kap. 8 § LOU. Bestämmelserna om ändring av kontrakt, som genomför art. 72 i direktiv 2014/24/EU, är tillämpliga även vid ändringar i kontrakt som ingåtts enligt äldre lagstiftning, förutsatt att ändringen sker efter att bestämmelserna trädde i kraft. Se prop. 2015/16:195 s. 851.

⁵ Se prop. 2015/16:195 s. 844.

⁶ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

⁷ Se art. 72.5 direktiv 2014/24/EU, prop. 2015/16:195 s. 843 samt mål C-454/06, *Pressetext* p. 34.

⁸ Se bland annat Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 3795-19, samt den underliggande domen från Förvaltningsrätten i Karlstad i det målet. I målet hade den upphandlande myndigheten inte visat att det fanns

19. Kommunen har, under Konkurrensverkets utredning, uppgett att det hade inneburit merkostnader och tekniska besvär att anlita annan leverantör än CGI vid Tilläggsavtal 2 och har gjort gällande att situationen stämmer väl överens med de förutsättningar som beskrivs i 17 kap. 11 § LOU.
20. Bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU förutsätter bland annat att det rör sig om en kompletterande beställning som har blivit nödvändig, att leverantören av tekniska eller ekonomiska skäl inte kan bytas och att ett byte skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten. De tekniska skäl som ska föranleda att leverantören inte kan bytas kan bestå i krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen. Bland annat omfattas situationer då ett byte av leverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa material, byggtreprenader eller tjänster med andra tekniska egenskaper, med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll.⁹ Vad gäller ekonomiska skäl noteras att kostnaderna åtminstone ska ha dubblerats för det fall leverantören bytts ut.¹⁰ Eventuella prisökningar får vidare inte vara högre än 50 procent av värdet på det ursprungliga kontraktet. Om flera successiva ändringar görs ska denna begränsning tillämpas på värdet av varje ändring. I den bestämmelse i direktivet som lagen genomför framhålls dock särskilt att sådana på varandra följande ändringar inte ska syfta till att kringgå direktivet.¹¹ Bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU kräver också att det görs en särskild annonsering enligt 17 kap. 16 § LOU.
21. Konkurrensverket erinrar om att huvudregeln är att ett nytt avtal ska föregås av annonsering. Bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU avser kompletteringar och syftar inte till att användas i stället för att en förlängningsoption anges i den ursprungliga upphandlingen i situationer då det föreligger ett löpande behov av en viss tjänst.¹² I synnerhet inte då det finns flera leverantörer som kan erbjuda aktuella tjänster, då ett kortare "tilläggsavtal" har slutits i avvaktan på en ny upphandling som har försenats till följd av bristande planering, och då eventuella tekniska besvär och merkostnader vid detta kortare avtal utgörs av sådana besvär och kostnader som generellt kan uppstå vid ett leverantörsbyte. Vid dessa förhållanden är det i vart fall inte relevant att bedöma eventuella tekniska och ekonomiska besvär, såsom bland annat huruvida kostnaderna skulle ha dubblerats vid byte av leverantör, enbart sett

förutsättningar för ändring av ett avtal utan föregående annonsering. Se även Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4, Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen, s. 19.

⁹ Se skäl 108 till direktiv 2014/24/EU.

¹⁰ Se prop. 2015/16:195 s. 1129f.

¹¹ Se artikel 72.1(b)(i) direktiv 2014/24/EU.

¹² Jfr Förvaltningsrätten i Malmös uttalanden om att bestämmelsen inte ska användas i stället för en förlängningsoption i underliggande dom till HFD 2019 ref 65. Jfr även 17 kap. 10 § LOU som ställer krav på att en förlängningsoption ska ha angetts i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen.

i relation till värdet av det kortare tilläggsavtalet. LOU:s krav på att en anskaffning ska föregås av annonsering och konkurrensutsättning medför att en upphandlande myndighet måste räkna med att det kan bli aktuellt med ett leverantörsbyte när ett tidigare avtal löper ut, och att ett sådant byte kan innebära besvär och merkostnader. Konkurrensverket anser att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen och mot syftet med det direktiv som LOU genomför att tolka bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU på så sätt att den kan tillämpas vid angivna förhållanden. En sådan tolkning skulle öppna för ett kringgående av kravet på föregående annonsering och på att optionsklausuler som huvudregel ska anges i den ursprungliga upphandlingen.

22. Såvitt framgår av Konkurrensverkets utredning har Tilläggsavtal 2 inte föranletts av att kommunen skulle ha gjort bedömningen att det var möjligt att tillämpa 17 kap. 11 § LOU. Sakomständigheterna är inte heller sådana att bestämmelsen aktualiseras. Kommunen har inte gjort gällande att tilläggsavtal 2 skulle ha annonserats på det sätt som följer av 17 kap. 16 § LOU. Tilläggsavtal 2 avser vidare tjänster som vanligen upphandlas enligt LOU och det finns andra leverantörer än CGI som tillhandahåller sådana tjänster, se bilaga 6. Kommunen har ett löpande behov av att anskaffa aktuella tjänster av externa leverantörer. Detta behov förelåg innan kommunen slöt Tilläggsavtal 2 och kvarstod efter att avtals tiden för Tilläggsavtal 2 hade löpt ut. Tilläggsavtal 2 har slutits för att kommunen fann det lämpligt att sluta ett kortare avtal i avvaktan på en ny annonserad upphandling som hade försenats. Såvitt framgår av kommunens uppgifter så har eventuella ökade kostnader och tekniska besvär med att anlita annan leverantör än CGI vid Tilläggsavtal 2 inte avsett andra kostnader eller besvär än sådana som generellt kan förväntas uppstå vid ett leverantörsbyte rörande aktuella tjänster.
23. Vid dessa förhållanden borde Tilläggsavtal 2 ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. 1 § eller 19 kap. 9 § LOU, förutsatt att värdet av upphandlingen översteg tröskelvärdet respektive direktupphandlingsgränsen, och inget undantag från kravet på att tillämpa ett annonserat förfarande var tillämpligt.

Upphandlingens värde

24. Värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.¹³

¹³ 5 kap. 3 § LOU.

25. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.¹⁴
26. Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.¹⁵
27. Tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller föregående räkenskapsår, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet. Alternativt kan värdet av sådana kontrakt beräknas utifrån det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer efter den första leveransen, eller om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.¹⁶
28. Tilläggsavtal 1 och 2 utgör liknande tjänstekontrakt som regelbundet återkommer, och som dessutom ska förnyas inom viss tid. Tilläggsavtal 1 upphandlades inom den föregående tolv månadersperioden innan Tilläggsavtal 2.
29. Vid dessa förhållanden ska värdet av direktupphandlingen av Tilläggsavtal 2 beräknas med ledning av det verkliga värdet av Tilläggsavtal 1, justerat med förutsebara ändringar i kvantitet och värde som förelåg vid tidpunkten för upphandlingen av Tilläggsavtal 2. Värdet av direktupphandlingen av Tilläggsavtal 2 ska således beräknas mot bakgrund av värdet av både Tilläggsavtal 1 och Tilläggsavtal 2.
30. Av de båda tilläggsavtalen framgår att CGI har rätt att erhålla minst 3 580 000 kronor per månad exklusive mervärdesskatt.
31. Tilläggsavtal 1 omfattar sex månaders avtalstid. Såvitt framgår av Tilläggsavtal 1 uppgår värdet av detta avtal till minst 21 480 000 kronor (3 580 000 x 6).
32. Tilläggsavtal 2 omfattar sex månaders avtalstid, samt en förlängningsoption om tre månader. Den totala avtalstiden för Tilläggsavtal 2 är därför nio månader. Utöver det belopp som ska faktureras månadsvis ska det även utgå

¹⁴ 5 kap. 5 § LOU.

¹⁵ 5 kap. 6 § LOU.

¹⁶ 5 kap. 11 § LOU.

ett engångsbelopp om 840 000 kronor. Kommunen ska därför betala minst 33 060 000 kr för Tilläggsavtal 2 ($3\,580\,000 \times 9 + 840\,000$).

33. Av detta följer att värdet av direktupphandlingen av Tilläggsavtal 2 uppgår till minst 54 540 000 kronor ($21\,480\,000 + 33\,060\,000$).
34. Värdet av den aktuella upphandlingen överstiger således direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet i LOU. Upphandlingen av Tilläggsavtal 2 borde därför ha föregåtts av annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU, om det inte förelåg några undantag från krav på annonsering.

Något undantag från annonseringsplikten är inte tillämpligt

35. Såvitt framgår av Konkurrensverkets utredning har det inte, vid Tilläggsavtal 2, förelegat omständigheter som innebär att något undantag från kravet på föregående annonsering är tillämpligt. Som framhållits ovan ska undantagen tolkas restriktivt.¹⁷

Synnerlig brådska

36. Det rör sig exempelvis inte om sådan synnerlig brådska som avses i 6 kap. 15 § LOU.
37. Enligt denna bestämmelse får en upphandlande myndighet tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten har varit omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kontraktsföremålet ska vara absolut nödvändigt för att undantagsbestämmelsen ska kunna tillämpas. Även avtalets innehåll har betydelse för bedömningen. Direktupphandling på grund av synnerlig brådska får inte användas för att säkerställa att ett trängande behov inte uppstår i en obestämd framtid, utan endast för att tillgodose ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort.¹⁸ Det ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation för att undantaget ska kunna tillämpas. De omständigheter som föranlett brådskan får inte bero på den upphandlande myndighetens agerande och ska närmast ha karaktären av force majeure.¹⁹

¹⁷ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

¹⁸ HFD 2019 ref. 65.

¹⁹ Se skäl 80 till direktiv 2014/24/EU samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 3208-14. Se även prop. 2006/07:128 s. 327 samt mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, p. 26–28, och mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 40–43.

38. Tilläggsavtal 2 slöts till följd av omständigheter som kan hänföras till kommunen.
39. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen uppgett att arbetet med att genomföra den nya annonserade upphandlingen drog ut på tiden på grund av valet av att tillämpa ett förhandlat förfarande, av det förhållande att det rörde sig om en omfattande upphandling, samt på grund av utbrottet av Covid-19 under förhandlingsfasen.
40. Konkurrensverket noterar att kommunen har ett löpande behov av att anskaffa aktuella tjänster. Leveransavtalet, och den förlängning som medgavs enligt detta avtal, löpte ut den 31 december 2019. Kommunen meddelade tilldelningsbeslut i en ny annonserad upphandling först den 10 juni 2020. Det åligger en upphandlande myndighet att planera och organisera sina upphandlingar på ett sådant sätt att LOU efterlevs. I detta ligger att ansvar att beakta att valet av förfarande och upphandlingens omfattning kan påverka tidsåtgången. Vad gäller av pandemin inträffade utbrottet i Sverige först efter att Tilläggsavtal 2 slöts den 26 februari 2020. Pandemin kan därför inte ha orsakat den försening som föranledde brådska att sluta detta avtal.
41. Vid dessa förhållanden är undantaget för synnerlig brådska inte tillämpligt.

Tekniska skäl

42. Det har inte heller förelegat tekniska skäl enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU.
43. Av den bestämmelsen, som genomför art. 32.2 b ii i direktiv 2014/24/EU, följer att en upphandlande myndighet får tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Det ska vidare inte finnas något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens får inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.
44. För att detta undantag ska kunna tillämpas krävs således i första hand att två kumulativa villkor är uppfyllda. De krävs att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär och att det därför är nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet.²⁰ Det kan vara fråga om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå erforderlig fullgörandenivå eller att det krävs specifik kunskap eller verktyg som endast en leverantör har. Det kan också röra sig om särskilda

²⁰ Se EU-domstolens dom i mål C-394/02, *Kommissionen mot Grekland*, p. 34–39.

driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas för att det som upphandlas ska fungera.²¹

45. Kommunen har, under Konkurrensverkets utredning, gjort gällande att det inte fanns någon annan leverantör på marknaden som kunde bli aktuell för de korta Tilläggsavtalen 2019 och 2020. Enligt kommunen hade ett byte av leverantör vid dessa korta avtal krävt en övergångstid om 6–12 månader, en merkostnad om 10–15 miljoner kronor, samt ett omfattande merarbete från stadens medarbetare. Därutöver skulle den nya leverantören behövt göra investeringar i utrustning, servrar, brandväggar och programvaror för både drift och support som skulle finansieras under den korta avtalstiden för Tilläggsavtal 2.
46. Att det skulle bli svårare och dyrare att anlita annan leverantör utgör inte i sig omständigheter som är av sådan teknisk karaktär och som medför att endast en leverantör ska anses kunna utföra tjänsten enligt 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU. Det finns flera leverantörer som kan tillhandahålla sådana it-drifttjänster som omfattas av Tilläggsavtal 2. Kommunen har genomfört en annonserad upphandling av it-drifttjänster under 2019 och 2020 som lett till anbudsansökningar och anbud från flera leverantörer, se bilaga 6.
47. Eftersom undantaget ska tillämpas restriktivt och inte får bero på en konstruerad avgränsning av konkurrensen är det inte relevant att enbart beakta förutsättningarna vid ett sådant kortare avtal som Tilläggsavtal 2. Kommunen har ett löpande behov av att anskaffa aktuella tjänster av en extern leverantör. När det gäller it-tjänster innebär ett byte av leverantör ofta ett merarbete, krav på övergångstid och ökade kostnader. Detta är något det åligger den upphandlande myndigheten att beakta i sin utformning och planering av upphandlingen. Såvitt framgår av utredningen har kommunen valt att sluta ett kortare avtal på grund av bristande planering av den annonserade upphandlingen.
48. Vid dessa förhållanden står det klart att behovet inte har föranletts av tekniska skäl och att inte endast en leverantör har kunnat utföra tjänsten. Undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU är därför inte tillämpligt.
49. Eftersom det inte heller föreligger omständigheter som talar för att något annat undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Tilläggsavtal 2 en otillåten direktupphandling.

²¹ Se skäl 50 till direktiv 2014/24/EU.

Upphandlingsskadeavgift

50. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.²² Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.²³
51. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.²⁴

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

52. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.²⁵
53. Det avtal som ansökan gäller undertecknades av kommunen den 19 februari 2020 och av leverantören den 26 februari 2020. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 26 februari 2020 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.²⁶

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

54. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU.²⁷
55. Den aktuella upphandlingens värde är 54 540 000 kronor (se ovan punkterna 24–33). Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 5 454 000 kronor ($54\,540\,000 \times 0,1$).

²² 21 kap. 1 § 3 LOU.

²³ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

²⁴ A. prop. s. 196–197.

²⁵ 21 kap. 7 § LOU.

²⁶ Det relevanta vid bedömningen av om ansökan har inkommit i tid är tidpunkten för det avtal som omfattas av ansökan. Den aktuella tidsfristen ska inte sammanblandas med förutsättningarna att beakta värdet av avtal som slutits mer än ett år innan ansökan lämnas till domstolen vid beräkningen av direktupphandlingens värde enligt LOU. Beräkningen av värdet styrs av särskilda bestämmelser. Jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16, där det framgår att även tidigare direktupphandlingar under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av upphandlingens värde när avgiften bestäms i mål om upphandlingsskadeavgift.

²⁷ 21 kap. 4 § LOU.

56. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.²⁸ Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.²⁹ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.³⁰
57. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att exempelvis rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis upprepade otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.³¹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.³²
58. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.³³
59. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart. Omständigheterna som redogjorts för ovan är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.
60. Kommunen har tidigare vid upprepade tillfällen genomfört otillåtna direktupphandlingar, vilket har konstaterats i avgöranden från allmän förvaltningsdomstol.³⁴ Den senaste domen avser Förvaltningsrätten i Uppsalas avgörande i mål nr 2668-19E. Av detta avgörande framgår att kommunen genomfört otillåtna direktupphandlingar genom att ingå ett avtal avseende hyra och service av två färgmaskiner den 8 november 2018, samt ett

²⁸ 21 kap. 5 § LOU.

²⁹ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

³⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

³¹ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

³² Se prop. 2009/10:180 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

³³ 21 kap. 5 § LOU.

³⁴ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Uppsala mål nr 3177-16, Kammarrätten i Stockholm mål nr 6695-15 och Kammarrätten i Stockholm mål nr 2504-13.

avtal avseende hyra av två färgmaskiner den 22 januari 2019. Avtalen ogiltigförklarades efter att en leverantör ansökt om överprövning av avtalens giltighet. Detta innebär att det rör sig om ett sådant upprepat beteende som utgör en försvårande omständighet.

61. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 4 500 000 kronor är en lämplig och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Sophia Anderberg

Bifogas

- | | |
|----------|---|
| Bilaga 1 | Avtal med CGI den 26 februari 2020 (Tilläggsavtal 2) |
| Bilaga 2 | Avtal med CGI den 27 september 2012 (Leveransavtalet) |
| Bilaga 3 | Avtal om förlängning den 30 juni 2016 |
| Bilaga 4 | Annons den 20 juni 2019 |
| Bilaga 5 | Avtal med CGI den 28 juni 2019 (Tilläggsavtal 1) |
| Bilaga 6 | Tilldelningsbeslut i annonserad upphandling daterade den 10 juni 2020 |